

ドイツにおける共同所有に関する研究 －共有と組合の関係を中心に－

金 旼 姝*

- I はじめに
- II 制定史
 - 1. 共同関係と共有の関係
 - 2. 共同関係と組合の関係
- III 近時の議論
 - 1. 共同関係についての物権的アプローチ
 - 2. 組合関係についての新たなアプローチ
- IV 小括
- V まとめ

I はじめに

日本民法は、物権編に共有に関する一般規定を置き、債権編第 668 条で組合財産は総組合員の共有に属すると定めているため、組合契約に関する規律の中でも所有権の法理が適用されるようになる。これと関連して、組合財産の帰属形態が純粹の意味の共有であるか⁽¹⁾合有であるか⁽²⁾についての議論が絶えず行われている。

一方、判例は、「組合財産が理論上合有であるとしても、民法の法条そのものはこれを共有とする建前で規定されており、組合所有の不動産の如きも共有の登記をするほかはない。従って解釈論としては、民法の組合財産の合有は、共有持分について民法の定めるような制限を伴うものであり、持分についてかような制限のあることがすなわち民法の組合財産合有の内容だと見るべきである。そうだとすれば、組合財産については、民法 667 条以下におい

* 広島大学大学院社会科学研究科客員研究員

て特別の規定のなされていない限り、民法 249 条以下の共有の規定が適用されることになる。」と判示しており⁽³⁾、今回の改正民法においては現行民法が組合財産について物権編の共有とは異なる帰属態様を規定している点を指摘しながらも、合有という文言を条文で用いるかどうかはともかく、組合の財産関係をめぐる個々のルールを具体的に条文に書き下すという立場であっ

-
- (1) 三島宣也「組合財産の法的構成（一）」法と政治 15 卷 1 号（1964 年）34 頁、上河内千賀子「共有規定をどう見直すか－合有、総有の明文化をどう考えるか－」『法律時報刊行－民法改正を考える』（日本評論社、2008 年）131 頁など。一方、共同所有を 3 類型として解釈することに疑問を有する見解として、星野英一「いわゆる権利能力なき社団について」法協 84 卷 9 号（1967 年）79 頁、横俣次「共同所有の諸形態」『現代社会と民事法－打田峻位先生古希記念』（第一法規出版、1981 年）31 頁以下、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法』第 3 版（成文堂、2006 年）281 頁、千葉恵美子・藤原正則・七戸克彦『民法 2－物権』第 2 版補訂版（有斐閣アルマ、2008 年）86－87 頁、伊藤栄寿「共同所有理論の現状と課題」民事研修 674 号（2013 年）6 頁、同「組合財産の共有－物権編の共有との比較検討－」法政論集第 270 号（名古屋大学、2017 年）199 頁以下、武川幸嗣「共同所有論」吉田克己・片山直也編『財産の多様化と民法学』（商事法務、2014 年）718 頁などがある。
- (2) 石田文次郎『物権法論』（有斐閣書房、1932 年）511 頁、玉田弘毅「共同所有形態論序説」法論 30 卷 1 号（1957 年）136 頁、我妻栄『債権各論中巻二』（岩波書店、1962 年）798 頁以下、鈴木祿彌編・品川孝次執筆『新版注釈民法（17）－債権（8）』（有斐閣、1993 年）63 頁以下、加藤雅信『新民法大系Ⅱ－物権法』第 2 版（有斐閣、2005 年）294 頁、後藤元伸「法人、組合などの団体に関する規律の体系化とその内容的整備についてどう考えるか」『法律時報刊行－民法改正を考える』（日本評論社、2008 年）67 頁、清水元『プロGRESSIVE民法－物権編』第 2 版（成文堂、2010 年）164 頁、河上正二『物権法講義』（日本評論社、2012 年）298 頁、大江忠『要件事実民法（5）－2－契約Ⅱ』第 4 版（第一法規、2017 年）700 頁など。
- (3) 最判昭和 33 年 7 月 22 日民集 12 卷 12 号 1805 頁。この判例に対して「合有説」であると解する見解として、遠藤浩編『民法（6）－債権各論』第 4 版（有斐閣、1997 年）268 頁、大江忠（注 2）701 頁などがあり、合有説と解しない見解として、上谷均執筆・石外克喜編『現代民法講義 5－契約法』（法律文化社、1991 年）306 頁は、この判例の立場について組合財産の共有の性質を「理論上合有」と説明することは必ずしも積極的な意味を有するものではないと述べる。

た⁽⁴⁾。このような学説、判例、立法議論をみると、日本における共有と組合の関係を明確に説明しがたいと思われる。

他方、ドイツ民法（以下、BGB）の共同所有に関する規定が日本民法上の「共有」及び「組合」に関する規定の多くの参考になったのは周知の通りであろう⁽⁵⁾。しかし、BGB における共同所有制度は日本民法とは構造的な差異がある。

BGB では、共有（Miteigentum）に関する規定が物権編第 1008 条ないし第 1011 条に置かれているが、これは債務関係編第 741 条ないし第 758 条の共同関係（Gemeinschaft）に関する規定の補充的規定として解されている。つまり、BGB 上の共有に関する基本的なルールは共有者間の債権関係である共同関係として定められており、物権法的規律は 4 カ条しか存在していない。

また、共同関係（Gemeinschaft）については債務関係編の第 8 章個別的債務関係（Einzelne Schuldverhältnisse）の一類型として第 17 節に規定が置かれており、第 16 節第 705 条ないし第 740 条で組合（Gesellschaft）に関する規定が並列的に置かれている点に注目しなければならない。

このような差異から二つの疑問が生じる。第 1 に、なぜ BGB は共同所有に関する基本的な規律を債務関係編にある共同関係で規律したのか。第 2 に、BGB 上の共同関係と組合の関係は、どのように設計されたのか。

以下では、BGB と日本民法の構造的な差異から生じる疑問を解消するため、BGB 上の共有、共同関係、組合に関する制定史及び近時の議論を検討して、日本民法への示唆の提示を試みる。

(4) 法務省「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（19）」「民法（債権関係）部会資料 - 47」88 頁。

(5) 立法理由については、<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/reason/> 及び前田達明・大久保邦彦・石田剛「＜史料＞共有法（一）」民商法雑誌第 105 巻第 1 号（1991 年）、同「＜史料＞共有法（二）」民商法雑誌第 105 巻第 2 号（1991 年）、同「＜史料＞共有法（三）」民商法雑誌第 105 巻第 5 号（1992 年）などを参照。

II 制定史⁽⁶⁾

1. 共同関係と共有の関係

共有 (Miteigentum) については、1880 年に物権編の担当委員である Johow による部分草案 (TE-SachR) の中で、第 210 条から第 221 条までの 12 ヶ条の規定が準備されていた。その内容は、共有の定義 (第 210 条)、同等の持分 (第 211 条)、共有者のための負担の設定 (第 212 条)、持分の処分 (第 213 条)、第三者の持分の取得 (第 214 条)、持分の放棄 (第 215 条)、物権的請求権 (第 216 条、第 217 条)、共有者間の債務 (第 218 条)、廃止請求権 (第 219 条)、分割排除の制限 (第 220 条)、共同関係規定の適用 (第 221 条) であった。

その後、第 1 制定委員会⁽⁷⁾は、共有者間の内部関係に関する規定を債務編の共同関係 (Gemeinschaft) の規定で解決するように決議し⁽⁸⁾、同等の持分 (第 211 条)、共有者間の債務 (第 218 条)、廃止請求権 (第 219 条)、分割排除の制限 (第 220 条) に関する規定は債務関係編の部分草案である Dresden 草案の共同関係に関する規定を適用し⁽⁹⁾、第三者の持分の取得 (第 214 条)⁽¹⁰⁾、

(6) Hrsg. Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zuammenstellung der unveröffentlichten Quellen[Recht der Schuldverhältnisse III, § § 652 bis 853, de Gruyter, 1983(zit: Beratung, SchuldR), Sachenrecht I, § § 854-1017, de Gruyter, 1985(zit: Beratung, SachR)].

(7) 1.Kommission: Johow, Kurlbaum, Planck, Weber, v. Mandry, v. Weber(Schriftführer von Liebe), 345. Sitzung vom 8.9. 1884, und 346. Sitzung vom 10. 9. 1884, 347. Sitzung vom 12. 9. 1884, 348. Sitzung vom 15. 9. 1884.

(8) Schubert, Beratung, SachR, S. 876ff.

(9) Schubert, Beratung, SachR, S. 876-903.

(10) 削除理由として、「今まで共有に関する一般規定がなかったので、第三者が持分権を取得する虞に対して本条を規定した。特に、持分権の譲渡 (Veräußerung von Anteilsrechten) の場合、債権譲渡 (Abtretung von Forderungsrechten) の要件が必要である。負担の性質によって、持分の負担が不可能な場合の問題は、各自の物的権利による対応が必要である。したがって、先買権 (Vorkaufsrecht) の規定の補充を検討する必要がある」と説明する。Johow, Nr 149, 6. Prot I 4291; Schubert, Beratung, SachR, S. 882-883.

持分の放棄（第 215 条）に関する規定⁽¹¹⁾は所有権一般規定を適用するという理由で削除した。

物権編の共有に関する規定の大部分を削除し、債務編の共同関係に関する規定を適用するようにした理由は、1）共同で所有する財産の客体を権利まで拡張させるため、2）偶然に生ずる共同関係（zufälligen Gemeinschaft）は相互間の拘束によって保護されれば十分であるからであった⁽¹²⁾。

その結果、第 2 制定委員会を経て、BGB の物権編の共有に関する規定は、共有の定義（第 1008 条）、共有者のための負担（第 1009 条）、共有者の特定承継人に対する効力（第 1010 条）、共有に基づく物権的請求権（第 1011 条）に関する 4 カ条が残された。

一方、共同関係（Gemeinschaft）に関する Dresden 草案と第 1 草案における構造上、内容上の変化は少ないが⁽¹³⁾、第 1 草案と第 2 草案を比べると、共同関係の構成員間の合意が特定承継人にも効力を有するという規定が債務関係に定められたことに対し、登記を第三者に対する効力要件として定めた物権編の共有に関する規定（第 2 草案第 921 条及び第 922 条）が考慮されたことが確認できる⁽¹⁴⁾。

要するに、BGB は共同関係と共有の関係において、基本的なルールは債務関係である共同関係として定め、その客体が物である場合に客体に対する負担及び所有権に基づいた物権的請求権に関する内容のみを物権編の共有に関

(11) 所有権の放棄（Dereliktion des Eigentum）に関する規定を適用することになった。

Schubert, Beratung, SachR, S. 884.

(12) Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 1, S.1184; 上河内千香子「共有物の使用管理に関する規定の制定経過（一）」広島法学 22 巻 4 号（1999 年）144 頁。

(13) 共同関係が「Bruchteil」という具体的持分によって成されることを明確にした点、持分権者の負担の範囲に管理によって発生する費用も含まれた点、共同財産の直接的な分割でなく、共同関係自体の廃止（Aufhebung）という概念が導入された点、組合とは区別する前提の規定を置いた点などが特徴的である。

する規定で定めることによって補充するように設計したと考えられる。

2. 共同関係と組合の関係

BGBにおいて組合に関する規定が第 705 条ないし第 740 条に定められており、続いて共同関係に関する規定が第 741 条ないし第 758 条に定められている理由は何か。

第 1 制定委員会は、組合は契約によって発生する団体 (durch den Gesellschaftsvertrag) として、共同関係は偶然に発生する団体 (zufälligen Gemeinschaft) として把握したが、「偶然に (zufälligen)」という単語は不明確であり誤解の余地があるという理由で削除した⁽¹⁵⁾。

Dresden 草案第 850 条及びこれに関する資料をみると、共同関係 (Gemeinschaft) は契約関係 (Vertragsverhältnisse)、つまり組合契約 (Gesellschaftsverträge) に基づいていないことを前提で適用されるものとして解された⁽¹⁶⁾。また、各組合員は持分 (Bruchteil) を有し、その客体が物である場合、その物は総組合員の共有 (Miteigentum) に属すると解されたが、各組合員は清算 (Auseinandersetzung) によらなければ組合員相互間に属する請求権の譲渡、客体への持分の処分及び分割ができないと解された⁽¹⁷⁾。

(14) 上河内千香子「共有物の使用管理に関する規定の制定経過 (二・完)」広島法学 23 巻 1 号 (1999 年) 83 頁以下は、「債務法上の合意が特定承継人に効力を有するのは奇異であるが、その効力を認めないと共同関係を継続する合意が第三者への持分の譲渡によって無実化される可能性及び、廃止の排除の合意について負担として設定することができると定めている第 1 草案 949 条が考慮され、認められるようになった。議論の主要な対象は、廃止に関する合意であるが、共同の客体の管理収益に関する合意も同様に扱った」と説明している。また、共有者間の合意と特定承継人への効力に関する BGB 制定過程については、新田敏「民法二五四条と区分所有法二五条—管理規約の特定承継人に対する効力」慶應大学法学研究第 27 巻第 12 号 (1974 年) 29 頁以下を参照。

(15) 271. Sitzung vom 12. 12. 1883; Prot I 3033; Schubert, Beratung, SchuldR, S. 366.

(16) Schubert, Beratung, SchuldR, S. 233ff, 366.

(17) Schubert, Beratung, SchuldR, S. 289ff.

第 1 草案の発表の後、世論の多くの批判を考慮した第 2 制定委員会は、組合に関する規律に合手原理 (Systeme der gesamten Hand) を導入し⁽¹⁸⁾、「組合員は組合財産について割合によって分離された持分 (Bruchteil) を持たず、組合財産に属する請求権については債務関係の規定を適用しない」という原則を定めた⁽¹⁹⁾。また、組合財産に属する債権に対して、その債務者がある組合員に対して有する債権で相殺することができないという規定 (第 2 草案第 658 条 1 項後段) などが置かれた。この合手原理によって、組合は構成員間の債務法的な効果だけでなく、物権的な効果を有し、共同に属する客体が独立的な組合財産を形成することによって、直接的に組合の目的の達成に用いられることになったと解されている⁽²⁰⁾。

要するに、第 1 制定委員会で論じられた契約による団体 (組合) と、契約によらない団体 (共同関係) という分類は、第 2 制定委員会で組合に合手の原理が導入されることによって、発生原因ではなく、合手的拘束が適用されるのか否かによる分類として位置づけられたと考えられる。

III 近時の議論

1. 共同関係についての物的アプローチ

近時、共同関係 (Gemeinschaft) を物的な側面から把握する方がより明確であるという「物の一体モデル (dingliche Einheitsmodell)」⁽²¹⁾が登場している。その主張者である Randolph Schnorr は、物的構成を主張した Gierke、Cosack、

(18) Schubert, Beratung, SchuldR, S. 297.

(19) Planck, Nr 223, 224; Schubert, Beratung, SchuldR, S. 292-293.

(20) 中田英幸「組合財産の法的構造に関する史的考察 (1)」駒澤法学 16 巻 2 号 (2017 年) 72 頁。

(21) Schnorr, Randolph Schnorr, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ § 741-758BGB), 1. Aufl., Mohr Siebeck, 2004, S. 1-428. これに対する評価については、Christian Baldus, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Band.123., 2006, S. 832.

Engländer などの見解及び BGB 制定過程を検討したうえで、持分権（Anteilsrechte）の本質は物的性質を有し⁽²²⁾、特に、持分の自由な処分を規定している第 747 条第 1 項、廃止請求権が消滅時効にかからない性質を規定している第 749 条、持分権者間の合意が特定承継人に対して効力を有すると規定している第 746 条及び第 751 条に関する内容などの規定を物権法的側面から説明すべきであると指摘した⁽²³⁾。

特に、この物的一体モデル理論によると、共同関係の各客体が特定されるため（特定原則：Spezialitätsprinzip）、持分権者は一つの客体を共有する段階に留まることが可能になる⁽²⁴⁾。従来の債務法的原則によると、共同関係のすべての客体が全体的な管理の対象になり、組合との境界がなくなる場合がある。なぜなら、裁判例によると、当事者が組合を結成するという意思がなかった場合にも、組合の一定の要件（共同事業を営むなど）を満たせば、組合であるとみなされ⁽²⁵⁾、共同の財産すべてに合手的原理が適用されるからである。

これに対して、ドイツ物権法の改正のみならず、ヨーロッパ共通物権法にも反映することができるほどの体系的な内容を含んでいるという評価があり⁽²⁶⁾、債務法的要素を看過することはできないという反対の評価もある⁽²⁷⁾。

2. 組合関係についての新たなアプローチ

BGB においては組合に関する規定が債務関係編にのみ置かれているため、その所有権の帰属形態に関する議論より、団体的観点から組合の権利主体性

(22) Schnorr, a.a.O., S. 38ff.

(23) Schnorr, a.a.O., S. 215ff. これについて詳細な紹介として、伊藤栄寿「ドイツにおける共有者間の法律関係」法政論集 254 号（2014 年）198 頁以下を参照。

(24) Schnorr, a.a.O., S. 113-114.

(25) Schnorr, a.a.O., S. 114.

(26) Baldus, a.a.O., S. 831, 835, ferner die Rezensionen bei Rapp, DNotZ, 2005, S. 157; Krafka, MitBayNot, 2005, S. 14f.

(27) Stephan Madaus, Die Bruchteilsgemeinschaft als Gemeinschaft von Vollrechtsinhabern, AcP, 212, 2012, S. 287-294, Staudinger/von Proff(2015), Vorbemerkungen zu §§ 741-758, Rn. 24.

が認められるかの問題が先に提起されてきた⁽²⁸⁾。また、2000 年の民法改正によって総則編第 14 条に「権利能力のある人的組合 (rechtsfähige Personengesellschaft)」の概念が明文化されており⁽²⁹⁾、2001 年にはドイツ連邦通常裁判所民事部 (以下、BGHZ) の判決で民法上の組合の権利能力及び当事者能力が認められた⁽³⁰⁾。

ここで取り扱いたいのは、上記の 2001 年 BGHZ 判決の組合関係の債務法的構成に関する指摘である。その判決の理由の中では、「民法上の組合の法的性質に関して、法律では包括的・完結的な規定が見られない。BGB 第 1 草案では、ローマ法を模範として組合が組合員らの財産と区別される組合自体の財産がなく、全体的に組合員間の債権債務的な法律関係として規律された⁽³¹⁾。これに対して、第 2 制定委員会は、組合の財産を合手的財産として解したが、合手的原則から導出される結果を具体的に規律してはいなかった。むしろ、組合関係の規律は全般的に債権債務関係に残り、合手的原則は不完全な方式でその上に適用されたのであった⁽³²⁾。」と指摘し、「伝統的見解を厳しく適用

(28) Flume, Personengesellschaft, S. 3f. Flume は、Gierke の団体論に従って論じた。1800 年代後半のドイツの法学者である Beseler 及び Gierke がこの「合手」の概念を使い始めたときから現代に至るまで、その本質についての見解は絶えず対立してきた。Gierke の理論の初期(『独逸私法、第 1 巻、総則部分及び人法(1895 年)』)では、「合手(Gesamthand)」は、一つの法原理であり、法制度ではないと説明し、その合手原理は、ゲルマン団体(Genossenschaft)の総所有(Gesamteigentum)の一要素であると説明したことに注意を置きたい。Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, I. Bd., Allgemeiner Theil und Personenrecht, I. Aufl., Dunker & Humboldt, Leipzig, 1895, S.669f

(29) BGB § 14[Unternehmer] (1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. (2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

(30) BGHZ 146, 341(BGH, 29. 01. 2001-11 ZR331/00).

(31) Mot. II 591=Mugdan II 330 参照 ; BGHZ 146, 341.

すると、組合との継続的な債権債務関係においては組合構成員の変動があるごとにその債権債務関係が新しく結ばれることが要求されるが、それには正当性がなく、法的取引において組合の取引能力を顕著に妨げるだろう。」と述べている。

この判決の以降、組合の財産能力及び登記能力に関する議論が活発に展開された。

[参照] ドイツの土地登記法（以下、GBO）第 47 条⁽³³⁾

（１） 数人のために一つの権利を登記する場合には、具体的割合による権利者の持分又は共同関係の基準となる権利関係を詳細に記入しなければならない。

（２） 民法上の組合の権利を登記する場合には、登記簿にその組合員も登記しなければならない。権利者のために適用される規定は、組合員のためにも適用される。

従来の通説は、組合の権利能力が否定されるとの前提でその登記能力も明確に否定してきたが、組合の権利能力が認められた以上組合の登記能力を排除する根拠は存在せず、実体法と手続法を一致させるのが望ましいという点⁽³⁴⁾、GBO 第 47 条第 2 項によって組合員すべての名前で登記するのではなく、

(32) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, 1977, S. 3f; Fs Robert Fischer, 1979, S. 785, 788f; BGHZ 146, 341.

(33) GBO § 47(1) Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. (2) Soll ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden, so sind auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen. Die für den Berechtigten geltenden Vorschriften gelten entsprechend für die Gesellschafter. つまり、BGB が共同所有について、債務法的・団体中心的観点から規律しているため、土地登記においても共同関係（Gemeinschaft）と組合（Gesellschaft）と二分化して規律しているのである。

組合自体の名前で設立日付や所在地などを記入すれば、登記実務上の問題になっている組合員変動による不確定性の問題を解決できるという点⁽³⁵⁾などを挙げる登記能力認定説が有力に提起されている。これに対して、GBO 第 47 条の適用の困難性、商業登記簿に登録する会社とは異なり土地登記簿に登録される組合の名称の不明確性、権利者の不一致などを挙げて反対する見解・下級審の判決も多い⁽³⁶⁾。

IV 小括

1. 共同関係についての物権法的規律の必要性

制定史において、このような BGB の態度に対して、当時の学者である Otto von Gierke は「持分共同関係 (Bruchteilsgemeinschaft) を債務関係で取り扱ったのは、ローマ法的「*actio communi dividundo* (共同の分割訴権)」の概念から採用した考えであり、これは「Pandektensystem」ではなく、「Aktionensystem」で通用されているものである」と批判し、体系上の欠陥を指摘した⁽³⁷⁾。

また、Konrad Engländer は、持分権者の共同利用、果実の収受、共同の客体の管理に対する権限及び廃止請求権は、債務的ではなく物的な性質を有するものであると批判し、1896 年に制定された日本民法では共有に関する規定

(34) Dieter Eickmann, Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZfR, 2001, S. 433ff, Gerhard Wagner, Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP, 2005, S. 637ff.

(35) Michael Dümig, Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts infolge Anerkennung ihrer Rechts- und Parteifähigkeit, Rpfleger, 2002, S. 53ff. und Anmerkung(zu BayObLG, 2Z BR 70/02), Rpfleger, 2003, S.80f.

(36) Palant/Sprau(2007), BGB §705, Rn.24a; OLG München, DNotZ 2005, 923-924; LG Dresden, NotBz 2002, 384-385.

(37) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., Schuldrecht, 2. Aufl., Dunker & Humboldt Berlin, 1917, S.1025-1026.

が物権編に置かれており、所有権以外の財産は準共有として規律している点を挙げながら、持分権者の権限は、準－絶対性（quasi-absoluten）、制限的絶対性（beschränkt absoluten）、相対的絶対性（relative absoluten）、相対的物権性（relative dinglichen）を有すると指摘し、当時の所有権絶対主義に対する修正を主張した⁽³⁸⁾。

このような議論を検討すると、債務編の共同関係を共有に関する基本規定とした BGB の制定当時の立法態度は、(1) 徹底した「Pandektensystem」の採択により物権編の適用対象を厳格に区別・限定していた点⁽³⁹⁾、(2) 個人主義及び所有権絶対性の原則が支配していた時代であったため、「所有権の制限」という概念が一般的に通用されていなかった点⁽⁴⁰⁾から理解する余地があると考えられる。

近時の議論において、Schnorr の物的一体モデル理論は上記の理解のうえ、債務法的には説明できない規定について批判する。たしかに、物的アプローチによると、学説・判例によって債務法上の強行規定として解釈されてきた⁽⁴¹⁾各共有者が保存行為をする権限、持分処分自由、廃止請求の自由及びその請求権は消滅時効にかからないという性質、持分権者間の合意が特定承継人に対して効力を有する内容などについて明確に説明できることになる。また、特定原則によって個々の客体に対する帰属形態を決定することができるのは、（他の法律の定めがない限り）当事者の意思によって財産の共同所有の類型を定めることが可能になり、その実体的所有関係を公示すればその財産に

(38) Konrad Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Berlin, 1914, S. 209ff; Randolph Schnorr, a. a. O., S. 22f.

(39) 水津太郎「物概念論の構造パンデクテン体系との関係をめぐって」新世代法政策学研究 12 巻（2011 年）326 頁以下参照。

(40) 尹喆洪『所有権の歴史』（法元社、1995 年）70 頁以下及び、同『土地所有権に対する新たな理解』（景仁文化社、2015 年）5 頁以下。

(41) Ingo Saenger, Kommentar-BGB:HK, 8. Aufl., Nomos, 2014, S. 1117ff.

ついて取引した第三者の保護にも有用であると考えられる。なぜなら、取引の相手方の立場では、取引の対象になる客体にどのような制限があるのかが重要であるからである。

2. 組合財産についての物権法的規律の必要性

団体の権利能力に関する問題は、法的主体性の認定の問題から団体の構成員の責任の範囲の問題、法人制度との関係性の問題までともに検討しなければならないため、本稿では取り扱わない。ただし、組合の土地登記能力に関する議論の本質は、2001 年 BGHZ の判決が指摘したように組合財産に関する規律が単なる債務債権関係で取り扱われていることに起因すると考えられる。したがって、共同関係についての物的アプローチとともに、組合財産についても物権的規律が必要であると考えられる。

BGB 上の組合に関する規定の中でも、債務法的原則によっては説明できない組合員間の請求権の譲渡の禁止 (第 717 条前段)、組合財産の持分及び個々の客体への持分の処分の禁止、分割請求の禁止、相殺の禁止 (第 719 条)、組合存続中の差押債権者の権利行使の禁止 (第 725 条第 2 項)、ある組合員が脱退した場合の持分の弾力性 (第 738 条第 1 項 1 文) などについて、学説・判例により強行規定として規律されているからである⁽⁴²⁾。

組合財産の物権法的規律の立法例として、スイス民法 (以下、ZGB) 及び韓国民法が挙げられる。まず ZGB は、物権編第 1 章所有権の一般規定として、共同的所有権 (Gemeinschaftliche Eigentum) を置き、I 共有 (Miteigentum; Art.646ff)、II 総有 (Gesamteigentum; Art.652ff) を規定し⁽⁴³⁾、土地登記令 (Grundbuchverordnung; GBV) で共有又は総有の登記ができるように定めている⁽⁴⁴⁾。次に、韓国民法は日本民法及び学説の影響を受け、物権編第 3 章第 3 節共同所有の中で共有、合有、総有の規定を置き、債権編で組合財産は組合員の合有に属すると定めており⁽⁴⁵⁾、不動産登記法で合有登記に関する規定⁽⁴⁶⁾

(42) Ingo Saenger, a. a. O., S. 1077ff.

を置いている。

-
- (43) ZGB Art. 652[1. Voraussetzung] Haben mehrere Personen, die durch Gesetzesvorschrift oder Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind, eine Sache kraft ihrer Gemeinschaft zu Eigentum, so sind sie Gesamteigentümer, und es geht das Recht eines jeden auf die ganze Sache. 多数人が法律の規定又は共同関係を成立する契約によって物の所有権を共同関係に属させる場合、総有者になり、各自は全ての物への権利を有する。

ZGB Art. 653[2. Wirkung] (1) Die Rechte und Pflichten der Gesamteigentümer richten sich nach den Regeln, unter denen ihre gesetzliche oder vertragsmäßige Gemeinschaft steht. (2) Besteht keine andere Vorschrift, so bedarf es zur Ausübung des Eigentums und insbesondere zur Verfügung über die Sache des einstimmigen Beschlusses aller Gesamteigentümer. (3) Solange die Gemeinschaft dauert, ist ein Recht auf Teilung oder die Verfügung über einen Bruchteil der Sache ausgeschlossen. (1) 総有者の権利及び義務は、法律又は契約による共同関係下の規律によって定められる。(2) 他の規定がない限り、所有権の行使及び物に関する処分のためには、全ての総有者の全員一致の決議によることを要する。(3) 共同関係が存続する限り、分割の権利又は物の持分に関する処分は排除される。

ZGB Art. 654[3. Aufhebung] (1) Die Aufhebung erfolgt mit der Veräußerung der Sache oder dem Ende der Gemeinschaft. (2) Die Teilung geschieht, wo es nicht anders bestimmt ist, nach den Vorschriften über das Miteigentum.

(1) 廃止は、物の譲渡又は共同関係の終了によって発生する。(2) 分割は、他の定めがない限り、共有に関する規定によって行われる。

- (44) GBV Art. 96 [Mit- und Gesamteigentum] (1) Bei Miteigentum wird der Anteil jedes Miteigentümers und jeder Miteigentümerin durch den entsprechenden Zusatz («zu $\frac{1}{2}$ », «zu $\frac{1}{3}$ » usw.) zum Namen jedes Miteigentümers und jeder Miteigentümerin angegeben. (3) Bei Gesamteigentum wird zusätzlich zu den Angaben nach Artikel 90 Absatz 1 Buchstabe c das Rechtsverhältnis angegeben, das die Gemeinschaft oder Gesellschaft begründet. (1) 共有の場合、各共有者の持分に応ずる付記 ($\frac{1}{2}$ 又は $\frac{1}{3}$ など) を各共有者の名前に表示する。(3) 総有の場合、第 90 条第 1 項 c による共同関係又は組合に基づく権利関係の情報を補充的に表示する。

- (45) 韓国民法第 704 条 [組合財産の合有] 組合員の出資その他の組合財産は、組合員の合有とする。

- (46) 韓国不動産登記法第 48 条 [登記事項] (4) 第 1 項第 5 号の権利者が 2 人以上である場合には、各権利者の持分を記録しなければならない、登記する権利が合有であるときには、その旨を記録しなければならない。

このように組合財産に物権法的規律を適用すると、近時の組合の登記能力及び登記方法に関する議論について、物的編成主義を原則とするドイツ土地登記簿でも、組合の構成員間の合意により組合財産の帰属を共有 (Miteigentum) であるか、合手的拘束が適用される合有 (Gesamthandseigentum) であるかについて定めて登記し、その権利者として組合自体の名前を記入する方法も可能になると考えられる。

V まとめ

ドイツにおける共同所有に関する制定史及び近時の議論を検討すると、債務法で共有関係及び組合を規律している点から多様な問題が発生していることを確認することができる。このような場面からみると、日本民法は、BGB の共同関係に関する規定をそのまま受け入れたのではなく、共同所有を一つの所有に関する権利として考え、物権編の所有権の章に位置づけて物的観点から学説上共有、合有、総有に 3 分類する共同所有理論を発展させてきたといえよう⁽⁴⁷⁾。共同所有について物権編に規定を置いている構造がより発展的であるとする理由は、現代社会では多様な形態で発生し得る団体の類型を限定しがたい点、団体に関する規律は当事者間の合意による自由な内部関係を制限する危険がある点などを考慮すれば、団体に対する規律より、対外的効力を有する物に対する一般規律を定め、第三者がその物的制限を知るようにする方法がより合理的であると考えられるからである。

ただし、日本民法上の共有に関する規定の根拠になった BGB 上の共同関係は、組合との関係において、組合の上位的・一般的規定として設計された

(47) 日本民法における共有規定の位置について、富井博士の発言によると、共有に関する規定は、共有の所有権としての性質及び旧民法上の取扱い (ボアソナードが共同所有者と他人との関係をあたかも通常の所有者との関係と同様であると理解したこと) を考慮して所有権の章に設置したと言われている。山田誠一「共有者間の法律関係 (二) - 共有法再構成の試み」法学協会雑誌第 102 巻 1 号 (1985 年) 119 頁。

のではなく、むしろ組合の節の後ろに置き、並列的・補充的規定として設計されたものと考えられる。その例として、主に組合において共同関係が準用される場合は、組合が解散による清算の際に財産を分割する場合であり、組合財産については共同の業務執行に関する規定のみがあり、物の管理・利用に関する規定は存在しない点などが挙げられる。

このような BGB 上の共同関係と組合の関係を、日本民法では物権法上の原則と債権法上の特別規定として取り扱っていることが、組合の「業務執行」と共有物の「管理・利用・処分」の範囲が不明確であり、その帰属形態に関する共有説・合有説などの議論が絶えず提起されている原因であると思われる。

さらに、物権編の共有に関する規定が共同所有財産のすべてを含む一般規定として機能しているのかという疑問⁽⁴⁸⁾とともに、共有である組合財産を登記する場合、単なる共有登記又は信託による単独所有の登記によるしかないため、組合財産を取引した相手方がどのように保護されているのかという疑問も生じる。

BGB 上の共有と組合の関係についての上記の検討が、日本民法の制定 120 年が過ぎた現在、今後の物権編の改正において若干の示唆を提供できるのではないかと考えられる⁽⁴⁹⁾。

(48) 山田誠一「共有者間の法律関係（四・完） - 共有法再構成の試み -」法学協会雑誌 第 102 巻第 7 号（1985 年）1357 頁は、日本民法上の共有に関する規定と解釈について、「共有に関する規定が多様な性格の規定の寄せ集めであることは無関係に、したがって、対照的な異なる共有類型について形成された分割を自由とする規律と持分処分を自由とする規律とが、同一の共有類型のための規律として理解されていた点を、重ねて指摘しておきたい」と述べた。また、このような原因として主に物権編の共有物の使用・管理に関する規定及び特定承継人との関係に対する関心がなかった点を指摘している。

(49) その一つの代案として、組合財産の合有的帰属及び物権編への合有規定の導入に関する改正案を提示した民法改正研究会（代表：加藤正信）編『法律時報刊行 - 民法改正国民・法曹・学界有志案 - 仮案の提示』（日本評論社、2009 年）を参照。